

II

2019

N.º 128

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Dykinson, S.L.

II

2019

N.º 128

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Edita

Dykinson, S.L.

CONTENIDO

SECCIÓN DE ESTUDIOS PENALES

LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD A EFECTOS DE IDENTIFICACIÓN EN LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA: SUS REQUISITOS Y LA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS E INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS DE DESOBEDIENCIA Y DE RESISTENCIA EN CASO DE NEGATIVA A IDENTIFICARSE. Por <i>Ángeles Jareño Leal</i>	5
--	---

LA IMPUNIDAD DEL ACOSO LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: <i>Unos por otros, la casa sin barrer</i> . Por <i>Nieves Sanz Mulas</i>	45
---	----

EL OBJETO JURÍDICO DE PROTECCIÓN: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DEBATE CONTEMPORÁNEO. Por <i>José Manuel Ríos Corbacho</i>	87
---	----

ANÁLISIS DEL LUGAR DE COMISIÓN DE LOS CIBERDELITOS DE CONTENIDO. ¿IMPUNIDAD O UNIVERSALIZACIÓN DEL DELITO? Por <i>Fátima Flores Mendoza</i>	129
---	-----

EL ERROR DE COMPRENSIÓN EN LOS DELITOS CULTURALES. UNA VISIÓN DISTINTA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN. Por <i>Fátima Cisneros Ávila</i>	151
---	-----

SECCIÓN DERECHO COMPARADO Y DERECHO INTERNACIONAL PENAL

EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y A ESTAR PRESENTE EN JUICIO: ANÁLISIS Y PAUTAS INTERPRETATIVAS SOBRE ALGUNAS CUESTIONES DE LA DIRECTIVA (UE) 2016/343 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 9 DE MARZO DE 2016. Por <i>Rafael Rebollo Vargas</i>	177
--	-----

LA FINANCIACIÓN ILEGAL DE PARTIDOS POLÍTICOS EN ALEMANIA. ELEMENTOS DE INTERÉS PARA LA ACTUAL REGULACIÓN ESPAÑOLA. Por Miguel Ángel Cano Paños ..	205
---	-----

SECCIÓN ESTUDIOS CRIMINOLÓGICOS

LA BUENA CONDUCTA COMO CRITERIO DELIMITADOR DE LA LIBERTAD CONDICIONAL. Por <i>Alberto Pintado Alcázar</i>	249
--	-----

SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

PANORAMA JURISPRUDENCIAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO. Por Manuel Jaén Vallejo....	275
---	-----

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A., GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., <i>EL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL (ARTÍCULO 252 DEL CÓDIGO PENAL) EN EL ÁMBITO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL</i> , DYKINSON, S.L., MADRID, 2019, 424 PÁGINAS.. Por <i>Cristina Domingo Jaramillo</i>	285
--	-----

RECENSIÓN A BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. (DIR.), <i>CORRUPCIÓN ELECTORAL: DELITOS E INFRACCIONES ELECTORALES</i> , DYKINSON, 2019, 314 PÁGINAS. Por <i>Cristina Callejón Hernández</i>	297
--	-----

RECENSIÓN A RÍOS CORBACHO, JOSÉ MANUEL, <i>LINEAMIENTOS DE LA VIOLENCIA EN EL DERECHO PENAL DEL DEPORTE</i> . EDITORIAL REUS, MADRID, 2019. 350 PÁGINAS. Por <i>Manuel Rodríguez Monserrat</i>	307
--	-----

NOTICIARIO	315
------------------	-----

POLÍTICA EDITORIAL, CRITERIOS Y RÉGIMEN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS ORIGINALES EN CPC	325
---	-----

*EL ERROR DE COMPRENSIÓN EN LOS
DELITOS CULTURALES. UNA VISIÓN
DISTINTA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN**

*The error of comprehension in culturally motivated
crimes. A different vision of the mistake of law*

FÁTIMA CISNEROS ÁVILA**

Fecha de recepción: 17/06/2019

Fecha de aprobación: 02/09/2019

RESUMEN: El aumento de la diversidad cultural en el seno de las sociedades actuales plantea importantes retos para el Derecho penal. Entre las cuestiones más complejas vinculadas a la multiculturalidad destaca la aparición de los denominados delitos culturales, identificados como aquellos cuyo autor actúa condicionado por los valores propios de su cultura de pertenencia. Ante estos casos el Derecho penal se ha planteado qué tratamiento dar a quien actúa motivado por unos principios que difieren de los plasmados en el ordenamiento. Con carácter general tanto la doctrina como la jurisprudencia han encontrado en el error de prohibición la respuesta a estos supuestos, sin embargo, cabe plantearse si su aplicación resulta satisfactoria de cara a una gestión de la diversidad respetuosa con la diferencia. De manera alternativa propongo analizar la posibilidad de acudir en estos casos a la figura del error de comprensión.

PALABRAS CLAVE: multiculturalidad, delitos culturalmente motivados, delitos culturales, error de prohibición, error de comprensión.

* Este trabajo ha sido realizado en el contexto del proyecto de investigación “Comportamientos basados en el discurso del odio. Respuesta desde el Derecho penal y otros ámbitos del ordenamiento jurídico en un contexto convulso” (DER 2017- 84178-P), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España.

** Doctora en Derecho. Profesora sustituta interina.

ABSTRACT: *The increase of cultural diversity in societies poses important challenges for criminal law. Among the most complex issues linked to multiculturalism is the appearance of so-called cultural crimes, identified as those whose author acts conditioned by the values of their culture of belonging. In these cases, criminal law considers what treatment to give to those who act motivated by principles that differ from those embodied in the law. In general, both the doctrine and jurisprudence have found in the mistake of law the response to these cases, however, it is necessary to consider whether its application is satisfactory to achieve diversity management respectful of the difference. Alternatively, I propose to analyze the possibility of resorting in these cases to the figure of error based on the absence of understanding.*

KEYWORDS: *multiculturalism, culturally motivated crimes, cultural defence, mistake of law.*

SUMARIO: I. Introducción.- II. Diversidad cultural y responsabilidad penal: 1. Normas de cultura y normas jurídicas. 2. El caso de los delitos culturalmente motivados.- III. La exigencia de responsabilidad penal al culturalmente diferente: 1. La culpabilidad como vía para la atenuación de la responsabilidad penal en los casos de diferencia cultural: el diferente como inimputable 2. ¿Sujeto que desconoce o sujeto que no comprende? La vía del error de prohibición. 3. La falta de comprensión como requisito del error de prohibición: la figura del error de comprensión culturalmente condicionado.- IV. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En la realización de un hecho delictivo intervienen numerosos factores que influyen en el autor y determinan, entre otros, el modo de ejecución o la motivación para llevar a cabo un comportamiento concreto. Igualmente, existen elementos que condicionan el proceso de atribución de la responsabilidad penal y que determinan el carácter y la extensión de la consecuencia jurídica del delito, ya sea aumentando su duración, reduciéndola o, incluso, dando lugar a su no imposición. Aspectos como una posible afección mental, la ingesta de alguna sustancia psicotrópica o la edad del autor de un hecho delictivo pueden influir en su capacidad para adecuar su comportamiento al contenido de la norma.

Existen algunos de estos elementos que, de manera mayoritaria, son aceptados por la doctrina como susceptibles de alterar la capacidad de una persona de conducir su comportamiento conforme al mandato contenido en la norma. Me refiero, por ejemplo, a las causas de exclusión de

la culpabilidad recogidas en el Código penal entre las que se encuentran las anomalías o alteraciones psíquicas (artículo 20.1º CP), la intoxicación plena (artículo 20.2º CP) o el error de prohibición (artículo 14.3 CP).

Junto con estas causas recogidas de manera expresa en el Código penal puede plantearse la existencia de otros elementos que de alguna manera influyen en el sujeto a la hora de determinar su comportamiento y de relacionarse con el ordenamiento jurídico. En este sentido destaca el debate existente desde hace unos años sobre la posibilidad de que la cultura del autor de un delito influya en la posibilidad de conocer, comprender o interiorizar las normas de un ordenamiento jurídico construido sobre unos valores que no son los de su cultura de origen.

Esta discusión sobre la cultura como elemento de distorsión de la responsabilidad se enmarca en el contexto de la diversidad cultural que, en las últimas décadas, ha ido acrecentándose en el seno de prácticamente todas las sociedades. La coexistencia entre grupos con culturas distintas dentro de un mismo contexto geográfico supone un reto a la hora de acomodar de una manera pacífica las necesidades de cada uno de estos grupos. Las reivindicaciones de las minorías culturales y la lucha por mantener vivas sus costumbres y tradiciones pueden colisionar con el interés de la cultura mayoritaria por imponer sus valores como los únicos válidos. En lo que interesa a los fines de este trabajo, uno de los aspectos más complejos a la hora de gestionar la diversidad cultural se produce cuando los conflictos que plantea la convivencia plural, por su gravedad, deben abordarse desde el Derecho penal. Hablaríamos, por ejemplo, de los casos en los que alguna costumbre o tradición colisione con un bien jurídico protegido en el Código penal. Como ejemplo paradigmático encontramos los casos de mutilaciones genitales femeninas, los matrimonios forzados o la poligamia. Todos estos supuestos tienen en común que son prácticas o comportamientos aceptados o incluso preceptivos en algunas culturas pero que, sin embargo, atentan contra los intereses protegidos por el ordenamiento jurídico del lugar de residencia del autor.

Estos comportamientos, delitos desde el prisma de nuestro ordenamiento pero costumbres bajo la perspectiva de una tradición concreta y que son cometidos por personas pertenecientes a otras culturas residentes en el territorio español constituyen lo que la doctrina ha venido denominando delitos culturalmente motivados¹. Estos delitos en los que

¹ Uno de los primeros autores que elaboró una definición de delito culturalmente motivado fue Van Broeck, para quien se trata de “un acto de un miembro de una cultura

la cultura del autor ha sido determinante a la hora de llevar a cabo un comportamiento nos llevan a reflexionar sobre el papel de la cultura de cada individuo a la hora de exigirle responsabilidad penal y sobre cómo el Derecho penal puede incorporar esta circunstancia para resolver un caso de estas características. De un modo mayoritario, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que, en estos casos, la cultura puede afectar a la culpabilidad del autor y más concretamente a la capacidad para conocer la ilicitud del hecho. De este modo, se ha recurrido al error de prohibición para atenuar o eximir de responsabilidad penal a quien ha actuado conforme a su cultura sin poder conocer que su comportamiento se encuentra prohibido por el ordenamiento de la sociedad en la que vive. Al calor de este planteamiento mayoritario han surgido propuestas como la de Zaffaroni, que ha construido una modalidad específica de error para estos casos bajo la denominación de error de comprensión culturalmente condicionado. La construcción de este autor, lejos de ser pacífica, ha sido objeto de críticas por diversas voces que han entendido que Zaffaroni ha construido en realidad una causa de inimputabilidad y que, por lo tanto, no se refiere al desconocimiento de la ilicitud del hecho por parte del diferente cultural sino de su capacidad de culpabilidad.

Las connotaciones etnocéntricas que puede tener la vía de la inimputabilidad para tratar los casos de delitos culturalmente motivados nos lleva a plantearnos cómo resolver aquellos supuestos en los que la persona autora del delito culturalmente motivado conocía el carácter ilícito de su conducta pero la diferencia cultural y de valores le ha impedido interiorizar y, por lo tanto, comprender, el contenido de la prohibición. ¿Podría atribuírsele virtualidad a la falta de comprensión de la ilicitud como fuente del error de prohibición?

A lo largo de este trabajo se profundizará en la discusión doctrinal sobre la cultura como elemento que afecta al lado subjetivo del delito y sobre la posibilidad de alegar un error de prohibición cuando el sujeto conozca la ilicitud de su conducta pero no sea capaz de interiorizar y comprender el sentido de la prohibición.

minoritaria que es considerado un delito por el sistema jurídico de la cultura dominante. El mismo acto es, sin embargo, dentro del grupo cultural del delincuente, perdonado, aceptado como un comportamiento normal y aprobado o, incluso, promovido en una situación dada". VAN BROECK, J. (2001): "Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences)", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9/1, p.5.

II. DIVERSIDAD CULTURAL Y RESPONSABILIDAD PENAL

El Derecho penal protege los valores más inmutables de nuestra sociedad, aquellos que deben ser salvaguardados de su vulneración por las sanciones más graves existentes en el ordenamiento jurídico².

Se presupone que en el seno de la sociedad de la que ha emanado el Derecho penal, los valores protegidos son compartidos por todos, valores universales. Sin embargo, el paradigma sobre la neutralidad valorativa del Derecho penal se debilita cuando se constata la existencia de personas con un sistema de valores diferente que realizan conductas que en su cultura son aceptadas pero que se oponen a los principios más básicos de ese Derecho penal entendido como universal en la sociedad donde rige³.

Esta situación de extrañamiento cultural⁴ se produce en contextos plurales como, por ejemplo, el resultante de la llegada de inmigrantes a un país o aquel de los Estados multiculturales en los que conviven pueblos indígenas⁵.

La riqueza del intercambio cultural fruto de la diversidad encierra también situaciones problemáticas que el Derecho penal tiene que ges-

² Sobre el concepto de bien jurídico y su imprescindible papel en el Derecho penal *vid.* MORILLAS CUEVA, L. (2018): *Sistema de Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Dykinson. p. 69 y ss; GÓMEZ RIVERO, M. C. (2015): *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Tecnos. p. 51 y ss; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L (2016): *Derecho penal español. Parte general en esquemas*. Valencia, p. 22 y ss.

³ Sobre la discusión en torno a la existencia de un canon universal y su crítica: BENHABIB, S. (2006): *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global*. Buenos Aires: Katz; PORTILLA CONTRERAS, G: (2014): "Sobre la compatibilidad entre la universalidad de los derechos fundamentales y el derecho penal intercultural, en Patricia Laurenzo Copello y Rafael Durán Muñoz (Coords): *Diversidad cultural, género y derecho*. Valencia, p. 191-240.

⁴ Con carácter general cuando se habla del encuentro entre culturas distintas se usan las expresiones "choque de culturas" o "choque de civilizaciones", acogiendo la terminología acuñada por HUNTINGTON, S. (2001): "¿Choque de civilizaciones?", *Teorema*, vol. XX/1-2, p. 125-145. Sin embargo, otros autores entienden que hablar de choque supone asumir el contenido violento de ese encuentro. Frente al "choque cultural", se propone el uso del término "extrañamiento", en la medida en que este concepto parte de un acercamiento entre culturas no violento, pero sí complejo. Para una mayor profundización sobre esta terminología alternativa *vide* CHECA OLMOS, F. (2003): *Inmigración y diversidad cultural en España: una aproximación desde el extrañamiento cultural*. Toluca (México).

⁵ Sobre los distintos modelos de sociedades multiculturales, ampliamente, CISNEROS ÁVILA, F. (2018): *Derecho penal y diversidad cultural: bases para un diálogo intercultural*. Valencia, p. 84-89. En relación a los estados multiculturales de América Latina y el papel de los pueblos indígenas: BORJA JIMÉNEZ, E. ((2009): "Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos", *Nuevo Foro Penal*, nº 73. P. 11-46.

tionar. Tal es el caso de los ya mencionados delitos culturalmente motivados. Ante estos comportamientos que atentan contra ciertos bienes jurídicos de gran reconocimiento y relevancia social, el Derecho penal actúa exigiendo responsabilidad al autor de la conducta. Los casos de delitos motivados por la cultura de pertenencia del autor representan uno de los aspectos más polémicos de la gestión de la convivencia en un espacio diverso, ya que profundiza en las consecuencias de la interacción de una persona con un entorno en el que los valores imperantes son los de la cultura mayoritaria. Ante esta situación se plantean dudas sobre el grado de responsabilidad penal del quien actúa contra un ordenamiento que no conoce o que no comprende.

Se conjugan aquí la necesidad de proteger los bienes jurídicos más importantes con la necesidad de atender a las circunstancias concretas que hayan podido influir en el sujeto a la hora de llevar a cabo un comportamiento. En este caso, su cultura de pertenencia, que es el prisma desde el que el sujeto entiende e interpreta la realidad.

Antes de pasar a analizar con mayor profundidad esta cuestión conviene detenernos un momento en algunas aclaraciones sobre el vínculo entre normas de cultura y normas jurídicas y sobre las características de los delitos culturalmente motivados.

1. NORMAS DE CULTURA Y NORMAS JURÍDICAS

La afirmación realizada al inicio de este trabajo sobre la capacidad de la cultura de una persona para influir en su relación con la norma jurídica nos conduce a otra idea importante dentro de la temática que aquí nos ocupa: la posibilidad de que exista un desajuste entre el cuerpo valorativo de una persona y aquel que inspira el ordenamiento jurídico.

Para profundizar sobre este aspecto partimos de la afirmación de que todo ordenamiento jurídico se construye sobre un conjunto de principios entendidos como universales y compartidos por todos, que tienen su máxima representación en los derechos humanos. Esta premisa es válida en las sociedades homogéneas desde el punto de vista cultural en las que no existen diferencias reseñables entre los valores compartidos por sus miembros⁶, pero pierde vigencia cuando nos situamos en un contexto

⁶ El ideal de un ordenamiento jurídico inspirado en valores universales tiene su origen en el pensamiento liberal y está relacionado directamente con el ideal del Estado neutral. El liberalismo surgido como reacción al Antiguo Régimen reconoce la libertad y la igualdad del ser humano como derechos fundamentales, junto con la neutralidad del Estado frente a las opciones religiosas o culturales de cada persona. La no intervención

plural en el que conviven personas con cosmovisiones muy distanciadas. La diversidad cultural ha desmontado el armazón de neutralidad sobre el que se construyen los ordenamientos jurídicos de corte liberal, demostrando que todo sistema normativo está en realidad articulado en torno a unos valores concretos que, con carácter general, coinciden con los de la mayoría cultural dominante⁷.

Ante este nuevo panorama en el que hay que aceptar que nuestro ordenamiento jurídico refleja los valores propios de nuestra cultura occidental, sin prestar atención a otras realidades, podemos plantearnos el hecho de que aquel que no comparta esos valores tenga más dificultades para el cumplimiento de las normas jurídicas. Para entender mejor esta afirmación, hay que acudir a la definición que hace Mayer⁸ de las normas jurídicas y las normas de conductas. Para este autor la disociación entre normas jurídicas y los mandatos propios de la moralidad o la religión no es total. Mayer entiende que hay una coincidencia entre los fundamentos de las normas contenidas en el ordenamiento jurídico y las normas de carácter informal que emanan de tradiciones y costumbres. Esta apreciación resulta de especial interés si nos situamos en el contexto plural al que he venido haciendo referencia a lo largo del trabajo: aquel en el que una persona con una identidad cultural distinta a la de la mayoría convive en una sociedad regida por un ordenamiento construido sobre valores que no coinciden con los suyos. Ante este panorama, al culturalmente diferente puede surgirle un conflicto entre seguir los mandatos de su propia cultura o someterse a la norma de la sociedad en la que se integra.

Según afirma Mayer⁹, para que un ciudadano acepte y conozca las normas jurídicas debe haber una coincidencia entre su contenido y el de sus normas de cultura. El mandato que recogen las disposiciones jurídicas que debe obedecer una persona tiene que compartir una base va-

del Estado se traduce en la práctica en el no privilegio de ninguna cultura por encima de otra, de modo que la única protección otorgada por el aparato estatal va dirigida a derechos como la libertad o la igualdad, universales e inherentes al individuo. Sobre la idea de neutralidad y su crítica vid: DE JULIOS - CAMPUZANO, A. (1995): "Una aproximación a la neutralidad liberal", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 2. P. 39-50 y PÉREZ DE LA FUENTE, O. (2005): *Pluralismo cultural y derechos de las minorías: Una aproximación iusfilosófica*. Madrid.

⁷ En este sentido YOUNG, I. M. (2000): *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Cátedra, Universidad de Valencia e Instituto de la Mujer. Esta autora afirma que la imparcialidad es una ficción y que todo punto de vista que se adopte está unido a un contexto concreto.

⁸ MAYER, M. M. (2000): *Normas jurídicas y normas de cultura*. Buenos Aires.

⁹ *Íbidem* p. 56.

lorativa con su cultura de origen para que este pueda interiorizar, comprender y actuar conforme a esa comprensión. Si existe una diferencia sustancial entre el contenido de ambas, el sujeto se encontrará ante un conflicto entre su propia identidad cultural y las normas de un ordenamiento que le resulta ajeno.

Este conflicto es de especial gravedad cuando la disparidad se produce entre la cultura de una persona y una prohibición recogida en el Código penal, en la medida en que la no interiorización, el desconocimiento o la negativa a seguir la norma penal puede desembocar en la comisión de un delito y en la imposición de su correspondiente consecuencia jurídica.

El Derecho penal, protector de los bienes jurídicos más relevantes para la convivencia, tampoco es neutral desde el punto de vista valorativo¹⁰ y sus normas contienen referencias a la cosmovisión que ha inspirado tanto la elección de los ilícitos como la de la pena a imponer¹¹.

El desajuste¹² entre el contenido de la norma penal y la identidad cultural de una persona es el supuesto de hecho de partida de los delitos culturalmente motivados, a cuya delimitación conceptual se dedicará el siguiente apartado.

¹⁰ Así lo entiende Silva Sánchez, quien advierte que “es cierto que en la dogmática penal existen elementos ontológicos y estructurales, cuyo estatus es cuasi-lógicos o, en todo caso valorativamente neutro, frente a tales aspectos no cabe oponer “excepciones culturales”. Pero también es verdad que la dogmática, en la representación más generalizada de la misma, no se reduce a los aspectos lógicos estructurales, sino que entra en cuestiones de contenido, de las que es imposible excluir la valoración o, en todo caso, su vinculación a una determinada forma de ver el mundo”. SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2003): “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal”, en Luis Arroyo Zapatero: *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Castilla la Mancha, p. 26.

¹¹ Manso Porto afirma que “las normas que gozan de validez nos muestran una parte de la realidad social o, lo que es lo mismo, la realidad social se ve reflejada –al menos en buena medida– en el Derecho vigente”. MANSO PORTO, T. (1999): *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Madrid: Dykinson, p. 21.

¹² Pérez Arroyo identifica estas situaciones como conflictos extrasistémicos, caracterizados porque se produce un desajuste entre norma y comportamiento causado por la pertenencia cultural del sujeto. Este tipo de conflictos se contraponen a los intrasistémicos, que son aquellos que se producen cuando un sujeto perteneciente a la cultura mayoritaria cuestiona la obligatoriedad jurídica de la norma y se niega a cumplirla, pero con los mismos elementos culturales de razonamiento legal y extralegal que cualquier otro ciudadano de la misma sociedad y cultural dominante. PÉREZ ARROYO, M. (2000): “Derecho Penal y diversidad cultural: el condicionamiento cultural en el Derecho Penal. Minorías étnico-culturales y Derecho Penal. Mención al caso de Bolivia, Guatemala, Colombia y Perú”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 72, 2000, p. 753.

2. EL CASO DE LOS DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS

Una vez aclarada la diferencia entre normas de cultura y normas jurídicas, profundizaré en los rasgos generales de los delitos culturalmente motivados. Es en estos casos donde se produce la discusión sobre la influencia de la cultura en el aspecto subjetivo del delito y por ello resulta de especial interés detenernos en cómo se configuran.

Los comportamientos culturalmente motivados son aquellos que un sujeto realiza determinado por su cultura de pertenencia. El vínculo entre una persona y su cultura no cesa cuando esta abandona su entorno cultural, sino que su identidad continúa siendo el filtro a través del cual interpreta y entiende la realidad¹³. Este tipo de conductas son el punto de partida para la identificación de un delito culturalmente motivado pero la concurrencia de una motivación cultural es tan solo uno de sus elementos. Para que se pueda hablar de un delito culturalmente motivado o delito cultural¹⁴ es necesario que se den varios requisitos. En primer lugar, el autor del delito en cuestión debe ser miembro de una minoría cultural, entendido aquí el carácter minoritario no desde una perspectiva numérica, sino como subordinación respecto de una mayoría cultural que ha impuesto sus valores como válidos¹⁵. En segundo lugar, la conducta realizada por el autor del delito culturalmente motivado debe constituir una tradición o costumbre en su grupo de referencia. En conexión con este segundo elemento, este tipo de delitos exige una motivación cultural, es decir, que la cultura de pertenencia debe haber sido determinante en la dirección de su comportamiento. Así, para constatar la existencia de tal motivación, debemos preguntarnos si, en una situación similar, un sujeto de la misma cultura habría actuado del mismo modo¹⁶. Si la respuesta es afirmativa, eso significa que, efectivamente, la persona ha actuado conforme a los mandatos de su cultura, de la que difícilmente una persona

¹³ Podemos entender la cultura como la trama de significación fruto de un contexto determinado. CISNEROS ÁVILA, F. (2018): *Derecho penal y diversidad cultural...*, p. 50.

¹⁴ FABIENNE, B. (2010): "¿Utilizar el género para hacer la diferencia? La doctrina de los delitos culturales y de la defensa cultural, en Salvatore Palidda y José Ángel Brandariz García (dirs): *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada, p. 79.

¹⁵ DE LUCAS, J. (1993): "Algunos problemas del estatuto jurídicos de las minorías. Especial atención a la situación de Europa", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15, mayo-agosto, p. 101.

¹⁶ Es lo que De Maglie denomina "coincidencia de reacciones", refiriéndose a la identidad de comportamientos que existe entre los miembros de una misma cultura. DE MAGLIE, C. (2012): *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*. Madrid, p. 90.

puede desligarse con independencia del lugar en el que resida. Por último, el conflicto que se presente entre el comportamiento llevado a cabo, entendido como una tradición, y las normas de la cultura mayoritaria debe ser grave. Es decir, debe vulnerar alguno de los intereses fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico¹⁷.

Los delitos culturalmente motivados se producen en casi la totalidad de las sociedades multiculturales y plantean uno de los retos más complejos. En el caso de la sociedad española la mayor parte de este tipo de delitos está vinculada al contexto de la inmigración, una de las fuentes principales de pluralismo en España¹⁸. Así, entre los casos más destacables que pueden definirse como delitos culturales encontramos supuestos de delitos contra la libertad sexual en los que el autor, miembro de una minoría cultural, mantiene relaciones con una mujer menor de 16 años de su misma nacionalidad. Estas relaciones, castigadas en nuestro Código penal como un delito de abuso sexual a menores en el artículo 183.1 constituyen, no obstante, una práctica aceptada en su comunidad de origen, en la medida en que las relaciones sexuales se inician a edades mucho más tempranas que las fijadas en nuestro Código penal¹⁹.

Especial interés han cobrado también en los últimos años los casos de mutilaciones genitales femeninas. La base cultural que tiene esta

¹⁷ Existe prácticamente acuerdo en la doctrina a la hora de delimitar los elementos que concurren en los casos de delitos culturalmente motivados. En una línea similar a la aquí planteada se encuentran las elaboraciones de VAN BROEK, J (2001): "Cultural defence and culturally motivated crimes...", DE MAGLIE, C. (2012): *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías...*, CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2007): "El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno", *Revista de Política Criminal*, nº 3, p. 1-28, y SILVA DÍAS, A. (2017): *Crimes culturalmente motivados. O direito penal ante a "estranha multiplicidade" das sociedades contemporâneas*. Coimbra. SANZ MULAS, N. (2018): *Delitos culturalmente motivados*. Valencia, p. 33.

¹⁸ Aunque los casos de delitos culturales vinculados a las personas llegadas a causa de la inmigración son los más numerosos, en el contexto español encontramos también otros protagonizados por miembros de minorías culturales que históricamente han residido en nuestro territorio. Tal es el caso de los testigos de Jehová que con base en sus creencias religiosas han protagonizado auténticos casos de delitos culturalmente motivados. Me refiero, por ejemplo, al supuesto recogido en la STC 154/2002, de 18 de julio de 2002, en la que se resuelve el recurso de amparo presentado contra la Sentencia de Tribunal Supremo 950/1997, de 27 de junio de 1997, en la que se condena a unos padres por la muerte de su hijo a causa de su negativa a que el menor fuese sometido a una transfusión. El Tribunal Constitucional concede el amparo a los padres y los exime de la responsabilidad por la muerte de su hijo, alegando que la renuncia a sus creencias religiosas que se le exigía al pedirle la autorización de la transfusión vulneraba el núcleo esencial de su derecho a la libertad religiosa.

¹⁹ Casos de este tipo se recogen en las SSTS número 336/2009, de 2 de abril de 2009 y la número 411/2006, de 18 de abril de 2006.

práctica la convierte en un ejemplo de delito culturalmente motivado y la presencia en España de mujeres inmigrantes originarias de zonas donde se realiza, ha provocado que casos de mutilaciones a niñas lleguen a los tribunales españoles²⁰. Además, ha sido objeto de atención por parte del legislador, que lo ha incorporado como delito específico en el artículo 149.2 del Código penal. Así ha ocurrido también con los matrimonios forzados que se han convertido en un delito específico recogido en el artículo 172 bis del Código penal²¹, aunque en este caso no exista todavía ningún pronunciamiento judicial en el que se haya aplicado este precepto.

Además de los casos aquí señalados existen otros supuestos que podríamos identificar como delitos culturalmente motivados y que se dan en nuestra sociedad. Tal es el caso del delito de poligamia del artículo 217 del Código penal. Este delito ha existido de manera tradicional en el ordenamiento jurídico español, pero la llegada de personas originarias de culturas en las que esta modalidad de matrimonio es legal puede plantear problemas de cara a una posible exigencia de responsabilidad a quien contrae varias veces matrimonio.

La delimitación de los elementos que concurren en los delitos culturales y la identificación de algunos ejemplos sirven de base para entender mejor la problemática vinculada a estos delitos desde el ámbito penal. A ello dedicaré los próximos apartados.

III. LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL AL CULTURALMENTE DIFERENTE

El contexto social y cultural de una persona influye en la determinación de su conducta y en el modo en que se relaciona con el ordenamiento jurídico. Como ya se ha señalado más arriba, la identidad solo

²⁰ Destacan las SSTS número 835/2012, de 31 de octubre de 2012 y la número 939/2013, de 16 de diciembre de 2013.

²¹ Sobre las características del delito de matrimonio forzado y las críticas a su incorporación como delito específico, CISNEROS ÁVILA, F. (2018): "Violencia de género y diversidad cultural: el ejemplo de los matrimonios forzados", *Revista penal*, nº 42, p. 45-55. Desde una perspectiva crítica también con esta nueva figura: TRAPERO BARREALES, M. (2016): *Matrimonios ilegales y Derecho penal. Bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*. Valencia, p. 146; IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2015): "Matrimonios forzados: ¿otra oportunidad para el Derecho penal simbólico?", *InDret. Revista para el análisis del Derecho* 1, p. 1-18; MAQUEDA ABREU, M.L. (2013): "El nuevo delito de matrimonio forzado: art. 172 bis CP", en Jacobo Dopico Gómez- Aller y Francisco Javier Álvarez García: *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia, p. 559-564.

parcial entre las normas de cultura y las normas jurídicas dificultan la interiorización de los mandatos contenidos en un ordenamiento jurídico por parte de quien tiene una cultura distinta a la que ha inspirado dicho ordenamiento. En el caso de los delitos culturalmente motivados este planteamiento nos obliga a reflexionar sobre la posibilidad de eximir o atenuar la responsabilidad penal de quien comete un delito actuando bajo un patrón cultural que lo condiciona en un sentido diferente al de la mayoría²². Esta idea se ha abarcado tradicionalmente bajo el concepto de “eximente cultural”, “excepción cultural” o *cultural defences*²³ y ha venido a aglutinar los distintos planteamientos realizados sobre esta cuestión. Aunque la necesidad de hacer permeable el Derecho penal a las particularidades de cada individuo parece ser ya acuerdo en una parte de la doctrina, no se puede afirmar lo mismo sobre el modo en que debe articularse la excepción cultura. La discusión sobre esta cuestión ha girado en torno a en qué categoría de la teoría jurídica del delito es más correcto que se ubique la identidad cultural del sujeto como un elemento a tener en cuenta para determinar su responsabilidad penal. En este sentido existen propuestas que se han decantado por la categoría de la tipicidad, acudiendo a la teoría de la adecuación social²⁴ para alegar que, en el caso de un sujeto que pertenezca a una minoría y cometa un delito cultural, su comportamiento, al ser conforme a los valores de su cultura de pertenencia, es adecuado socialmente y, por tanto, atípico²⁵.

²² OLAIZOLA NOGALES, I. (2018): “La relevancia de la motivación cultural en el Código penal”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 20-03, p. 3.

²³ VAN BROEK, J (2001): “Cultural defence and culturally motivated crimes...”, p. 28.

²⁴ Conforme a la teoría de la adecuación social acuñada por Wezel, existen comportamientos que, aunque supongan la realización de un tipo penal, han de considerarse atípicos porque entran dentro de los valores sociales imperantes. ROMEO CASABONA, C.M y SOLA RECHE, E. (2016): *Derecho penal. Parte General. Introducción a la Teoría Jurídica del delito*. Granada, p. 208.

²⁵ De esta opinión es BECERRA, N. (1997): *Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena*. Buenos Aires, y ARMAZA GALDÓS, J. (2002): “El condicionamiento cultural en el Derecho penal peruano”, en José Luís Díez Ripollés (coord.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid, p. 543-554. Estos autores enmarcan la solución de la adecuación social en un contexto muy determinado: los pueblos indígenas que conviven en algunas zonas de Latinoamérica. Esta solución, sin embargo, no parece extrapolable a otras sociedades multiculturales como podría ser la española. Otros autores rechazan esta opción por considerar que resulta impreciso y que puede dar lugar a inseguridad jurídica. Así, CEREZO MIR, J. (2004): *Curso de Derecho penal español. Parte general, II Teoría jurídica del delito*. Madrid: Tecnos, p. 98. Y MONGE FERNÁNDEZ, A. (2008): *El extranjero frente al Derecho Penal: el error cultural y su incidencia en la culpabilidad*. Barcelona, p. 33.

También hay quien se ha planteado que la cultura pueda actuar en la categoría de la antijuridicidad. En este caso se abre la posibilidad de que el autor de un delito culturalmente motivado se encuentre en un conflicto de intereses entre el ejercicio de la libertad de conciencia y la protección del bien jurídico-penal afectado por la conducta delictiva. Aunque tratar esta cuestión con profundidad no corresponde al objetivo de este trabajo²⁶, la opinión mayoritaria entiende que en la mayor parte de los casos de delitos culturales no existe un conflicto con la libertad de conciencia del individuo en la medida en que la cultura o tradición que determina estos comportamientos no tiene un amparo constitucional, a diferencia de lo ocurre, por ejemplo, en el caso de las creencias religiosas. Así, en los supuestos como las mutilaciones genitales femeninas o los matrimonios forzados no podrá hablarse de un conflicto entre la libertad de conciencia y el bien jurídico afectado en cada caso, en la medida en que estas prácticas están vinculadas a tradiciones de algunas comunidades que no se identifican plenamente con alguna religión cuyo ejercicio tiene amparo constitucional. Distinta sería la solución si el derecho a la identidad cultural de cada persona estuviese recogido en la Constitución, como vía para reconocer el carácter plural de la sociedad y la necesidad de articular un modelo de convivencia sobre el respeto a la cultura de cada individuo. En esa situación, los casos de delitos culturalmente motivados podrían resolverse como un conflicto de intereses, realizando una minuciosa ponderación²⁷.

En todo caso, estas respuestas que la doctrina ha dado desde la tipicidad y la antijuridicidad para una posible atenuación o exención de responsabilidad penal son minoritarias. Ha sido la culpabilidad la categoría desde la que se han construido de un modo más asentado las propuestas para construir una excepción cultural.

1. LA CULPABILIDAD COMO VÍA PARA VALORAR LA ATENUACIÓN O EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS CASOS DE DIFERENCIA CULTURAL: EL DIFERENTE COMO INIMPUTABLE

La categoría de la culpabilidad es para la mayoría de la doctrina la más propicia para integrar una posible causa de atenuación de la responsabilidad penal del culturalmente diferente. El juicio que se realiza en el ámbito de la culpabilidad es un juicio de atribución personal del hecho

²⁶ Sobre esta cuestión, con más profundidad, CISNEROS ÁVILA, F. (2018): *Derecho penal y diversidad cultural...*p, 262.

²⁷ Al respecto, CISNEROS ÁVILA, F. (2018): *Derecho penal y diversidad cultural...* p, 278-282.

antijurídico al autor²⁸. Es en ese momento donde se valoran las capacidades personales del autor frente al hecho y donde elementos como su identidad cultural o la diferencia valorativa respecto del ordenamiento jurídico de la mayoría pueden ser tomados en cuenta.

La cultura de una persona le proporciona el conjunto de significados necesarios para entender la realidad y para relacionarse con su entorno. Quien desarrolla su vida en una sociedad en la que la cultura de referencia es la suya, se encontrará en condiciones óptimas para poder entender e interiorizar el mensaje contenido en las normas del ordenamiento jurídico. Pero si pensamos, por ejemplo, en el caso de un inmigrante que abandona su lugar de nacimiento, aquel donde se ha formado su personalidad y donde ha adquirido los valores culturales de referencia, para integrarse en otro donde la cultura mayoritaria le resulta extraña, nuestra reflexión sobre la capacidad del sujeto para interiorizar las normas debe cambiar. En ese contexto, la motivabilidad de la persona, su capacidad para reaccionar frente a las exigencias de la norma, se ve alterada por esa situación de desajuste valorativo. Por eso, en mi opinión, esta situación debe tenerse en consideración de alguna manera a la hora de determinar su capacidad de culpabilidad.

La afectación de la culpabilidad con motivo de la diferencia cultural se ha analizado desde distintos puntos de vista. Hay quienes sostienen que el sujeto que actúa contra la norma penal determinado por su cultura lo hace bajo una suerte de causa de inimputabilidad. Debido a la inexistencia en nuestro Código penal de una previsión expresa de inimputabilidad del culturalmente diferente, la doctrina se ha planteado su encaje en algunas de las causas ya existentes.

Así, se ha explorado la posibilidad de que la diferencia cultural constituya una anomalía o alteración psíquica del artículo 20.1º del Código penal. En un esfuerzo por dar explicación a este tipo de planteamientos, puede entenderse que el encaje de la cultura como una alteración psíquica se realice recurriendo a la analogía y equiparando los efectos del extrañamiento cultural a los de alguna patología de origen psíquico. Con independencia de que los efectos para el sujeto infractor podrían entenderse como beneficiosos, en la medida en que supondría una declaración de inimputabilidad, puedo adelantar ya que entiendo que esta opción no me parece aceptable²⁹ ya que la equiparación entre anomalía psíquica

²⁸ MAQUEDA ABREU, M. L.; LAURENZO COPELLO, P.: (2017): *El derecho penal en casos. Parte general, teoría y práctica*. Valencia, p. 265.

²⁹ Rechazan esta opción también por sus connotaciones racistas OLAIZOLA NOGALES, I. (2018): "La relevancia de la motivación cultural...", p. 16; MONGE FERNÁNDEZ, A. (2008): *El extranjero frente al Derecho Penal...*, p. 71.

y diversidad cultural cae en los tópicos etnocentristas de encasillar al diferente en la categoría del menor de edad y del salvaje³⁰, cuyo grado de desarrollo le impide seguir la norma. Aunque la cultura ejerza una influencia importante en el sujeto a la hora de configurar su comportamiento, este condicionamiento tiene origen externo, determinado por el lugar de nacimiento y el contexto valorativo en el que la persona se haya desarrollado y, por lo tanto, no se le puede equiparar a una anomalía o enfermedad mental con una base psíquica, aunque sobre esta cuestión me detendré más adelante.

Otra vía explorada por parte de la doctrina para “construir” una excepción cultural es la de la alteración en la percepción como causa de exclusión de la culpabilidad. El punto de partida de este planteamiento es el de que la persona autora de un delito culturalmente motivado actúa bajo una percepción de la realidad que le impide motivarse por la norma. Aquí esa alteración tiene su origen en la identidad del sujeto y se entiende que son sus valores de referencia los que distorsionan su comprensión de la prohibición contenida en la norma. Aunque esta opción también ha sido rechazada alegando que es una solución sospechosa de minusvalorar al diferente³¹, existen autoras como Olaizola Nogales que han encontrado en el artículo 20.3º del Código penal español el lugar adecuado para ubicar los supuestos de delitos culturales³². En opinión de esta autora, podría acudir a esta causa de inimputabilidad cuando la alteración provocara en el sujeto una comprensión gravemente distorsionada de la realidad. No obstante, aclara que no basta con la mera diferencia cultural, sino que esta incapacidad debe venir causada por su entorno y una situación de fuerte aislamiento³³. La tesis mantenida por Olaizola se encuentra con dos argumentos en contra, tal y como ella misma señala: la posibilidad de que el tenor literal del artículo 20.3º impida aplicarlo a los casos de delitos culturalmente motivados y la objeción de declarar inim-

³⁰ ZAFFARONI, E. R. (2002): *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, p. 737.

³¹ HERRERA MORENO, M. (2002): “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilaciones genitales femeninas”, *Revista de Derecho penal*, nº 5, p. 73.

³² De esta opinión es también Portilla Contreras, quien entiende que los casos en los que existe conocimiento de la ilicitud pero no comprensión deben abordarse desde la inimputabilidad y, más concretamente desde la causa de alteración en la percepción. PORTILLA CONTRERAS, G. (2016): “El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural. La influencia de la identidad cultural en la teoría del delito”, en Pérez Cepeda, A. I. (dir): *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Valencia, p. 111.

³³ OLAIZOLA NOGALES, I. (2018): “La relevancia de la motivación cultural...”, p. 17.

putable a quien no tiene ninguna anomalía. En cuanto a las posibilidades de incluir en el texto del artículo 20.3³⁴ los casos de diferencia cultural, esta autora afirma que el vínculo entre el contenido de este precepto y las alteraciones sensoriales proviene de la interpretación histórica del artículo y que el tenor literal no impide incluir otro tipo de alteraciones que tengan su origen en la formación cultural del sujeto. Igualmente, la referencia a que dicha alteración exista desde el nacimiento no excluye, en su opinión, la posibilidad de que se pueda referir a los valores que esa persona ha ido interiorizando desde su infancia.

Aunque los argumentos de Olaizola puedan llevarnos a admitir que, efectivamente, el tenor literal del artículo 20.3^o no excluye su aplicación en los casos de diferencia cultural, más difícil me resulta compartir la tesis que sostiene la posibilidad de declarar inimputable al culturalmente diferente. La declaración de inimputabilidad de una persona por tener alterada gravemente la conciencia de la realidad puede conllevar, conforme al artículo 103.1 del Código penal, la imposición de una medida de seguridad. En este caso el internamiento en un centro educativo especial o cualquier otra medida contemplada en el artículo 96.3 del Código penal, entre las que se encuentran medidas no privativas de libertad como la inhabilitación profesional, la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España, la libertad vigilada, la custodia familiar, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Son precisamente las consecuencias que se derivarían de la declaración de inimputabilidad las que me conducen a rechazar la opción del artículo 20.3 del Código penal como vía para ubicar una posible excepción cultural. La aplicación de una medida de seguridad y la declaración de peligrosidad a quien pertenece a una cultura minoritaria no haría sino incrementar la estigmatización del diferente y su vinculación con la idea de un desarrollo inferior³⁵.

Aunque la propuesta de incluir la diferencia cultural como causa de inimputabilidad por la vía de la alteración grave en la percepción no

³⁴ El artículo 20.3^o del Código penal establece que: “están exento de responsabilidad penal el que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”.

³⁵ De otra opinión es Olaizola Nogales, quien acepta la posibilidad de que al culturalmente diferente que ha sido declarado inimputable se le imponga una medida de seguridad. Esta autora sostiene que en estos casos la medida debe tener un contenido educativo y pedagógico que haga comprender al sujeto implicado que en nuestras sociedades hay determinados valores que son límites infranqueables que no se pueden traspasar al amparo de ninguna tradición o cultural. OLAIZOLA NOGALES, I. (2018): “La relevancia de la motivación cultural...p 22.

resulta del todo satisfactoria, sí que es interesante el razonamiento que plantea sobre la cultura como un elemento que distorsiona la capacidad de conocimiento y comprensión de la norma por parte del autor. Pero ese razonamiento, más que a un supuesto de alteraciones perceptivas, parece conducirnos al error de prohibición.

2. ¿SUJETO QUE DESCONOCE O SUJETO QUE NO COMPRENDE? LA VÍA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

La vía del error de prohibición ha sido la solución adoptada mayoritariamente, tanto por parte de la doctrina como por los operadores jurídicos.

La realidad de la diversidad cultural en España, donde la inmigración constituye una de las fuentes principales de pluralidad, ha dado lugar a que los casos de delitos culturalmente motivados que se plantean con más frecuencia sean los cometidos por personas que provienen de otros países y culturas que desconocen las prohibiciones concretas contenidas en nuestras normas penales. Esta situación ha provocado que, tanto la jurisprudencia como los teóricos que se han aproximado a esta problemática, hayan recurrido a la figura del error de prohibición para atenuar o eximir de responsabilidad a quien actúa bajo patrones valorativos distintos a los mayoritarios.

En el caso de la jurisprudencia, la tendencia ha sido, casi en exclusividad, el recurso al error de prohibición. Como ejemplo sirvan las Sentencias del Tribunal Supremo 835/2012, de 31 de octubre de 2012 y 939/2013, de 16 de diciembre de 2013. En ambas se recogen casos de mutilaciones genitales femeninas y, en ellas, el alto tribunal valora la posible concurrencia del error de prohibición en estos supuestos en los que precisamente existe una importante distancia cultural entre el origen cultural de los autores y los valores que inspiran nuestro ordenamiento.

La Sentencia 835/2012 se pronuncia sobre la posibilidad de apreciar la existencia de un error de prohibición en el caso del padre de una niña, ambos procedentes de Gambia, a la que se le ha practicado la mutilación genital femenina. A lo largo de la fundamentación jurídica, el tribunal pone de manifiesto que no es ajeno al alto grado de multiculturalidad existente en España a causa de la cual conviven en nuestro territorio personas con culturas y ritos muy distintos a los de la sociedad de acogida³⁶, pero se muestra abiertamente contrario a la posibilidad de construir un

³⁶ Fundamento de Derecho tercero STS 835/2012.

error de prohibición fundado en los factores culturales a los que pertenece el sujeto³⁷. Así, las consideraciones que se realizan a continuación sobre la concurrencia o no de un error de prohibición y sobre su vencibilidad o invencibilidad no estarán basadas en los rasgos culturales del sujeto autor del delito, es decir, en la influencia de la cultura a la hora de conocer o comprender el alcance de su conducta, sino que el tribunal armará su razonamiento basándose en otros datos como el tiempo de residencia del acusado en nuestro país, el grado de integración o el conocimiento del idioma. En el caso objeto de enjuiciamiento de esta sentencia, finalmente no se admitió la concurrencia de un error de prohibición en base al tiempo que el padre de la niña llevaba viviendo en España, que ascendía a 10 años, y a su alto grado de integración en la sociedad española. Para el Tribunal Supremo estas circunstancias le hubiesen permitido sin demasiado esfuerzo conocer el carácter prohibido de su conducta y, por lo tanto, descarta la concurrencia de un error de prohibición.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo 939/2013 se pronuncia sobre un caso similar al de la sentencia comentada con anterioridad. En esta ocasión el alto tribunal valora la apreciación del error de prohibición en el caso de una mujer de origen senegalés acusada de haber participado en la mutilación genital de su hija. En este caso sí que se admite la existencia de un error de prohibición en la acusada pero, nuevamente, la argumentación para sostener esta afirmación se basa en aspectos relativos al tiempo de residencia en España o a su nivel integración³⁸. Nuevamente el Tribunal Supremo ignora las importantes raíces culturales que tiene la práctica de la mutilación genital femenina para quienes la llevan a cabo y la posible incidencia que puede tener esto a la hora de comprender que en España este hecho está tipificado como un delito.

La argumentación realizada por el alto tribunal se limita a valorar circunstancias de carácter cuantitativo, como el tiempo que la persona acusada lleva viviendo en España o el grado de conocimiento del idioma, sin embargo, poco o nada se profundiza sobre la compleja relación existente entre el comportamiento de una persona y su cultura de referencia.

En el caso de las mutilaciones genitales femeninas existe un fuerte vínculo entre su práctica y el desarrollo de la vida de la niña dentro de su comunidad. Esta tradición tiene un significado muy concreto dentro de las culturas donde se practica y está relacionada de forma intensa a aspectos como la pertenencia al grupo o la llegada a la vida adulta de las

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Fundamento de Derecho tercero STS 939/2013.

niñas³⁹, por lo que, a quien ha interiorizado desde la niñez el significado de esta tradición, le resultará especialmente complejo comprender que su realización sea perjudicial para la niña o mujer que la sufre.

Puede afirmarse, por lo tanto, que, más allá de reconocer el carácter multicultural de nuestra sociedad, el Tribunal Supremo no incorpora a su argumentación una auténtica preocupación por cómo la diferencia cultural puede estar en la base del error de prohibición. No existe en su fundamentación jurídica ninguna referencia a la importancia que la identidad cultural tiene en el desarrollo de los comportamientos de una persona y en la interiorización y comprensión de los valores culturales que inspiran un ordenamiento jurídico que le resulta extraño.

Este vínculo entre cultura y la imposibilidad de comprender o interiorizar la prohibición contenida en la norma, no ha sido objeto de atención por parte de los operadores jurídicos, pero sí que ha recibido cierta atención por parte de la doctrina. En este sentido destacan las consideraciones realizadas por autores como Zaffaroni, cuyos planteamientos sobre la influencia de la cultura a la hora de interiorizar un sistema normativo se han materializado en la creación de la figura del error de comprensión culturalmente condicionado. A esta figura, a sus críticas y los aspectos más relevantes para la discusión sobre la virtualidad de la comprensión dentro del error, se le dedicará el siguiente apartado.

3. LA FALTA DE COMPRENSIÓN COMO REQUISITO DEL ERROR DE PROHIBICIÓN: LA FIGURA DEL ERROR DE COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO

La propuesta de Zaffaroni parte de la idea de que es posible que haya conocimiento sin comprensión⁴⁰ y que, por lo tanto, el error de prohibición puede sustentarse sobre la imposibilidad de interiorización del mandato contenido en la norma. Con base en este planteamiento y ante la necesidad de acomodar la respuesta del Derecho penal a la responsabilidad del culturalmente diferente, ha elaborado la figura del error de comprensión culturalmente condicionado⁴¹.

³⁹ Sobre el significado de la mutilación genital femenina dentro de algunas culturas, LUCAS, B. (2008): "Aproximación antropológica a la práctica de la ablación o mutilación genital femenina", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 7, p. 1-13.

⁴⁰ ZAFFARONI, E. R. (2002): *Derecho penal. Parte General*...p. 736.

⁴¹ Esta elaboración ha tenido un buen recibimiento en aquellos entornos jurídicos en los que la responsabilidad penal en casos de socialización exótica resultaba problemática. Así destaca el más que comentado caso del artículo 15 del Código penal peruano, en el que se regula de manera expresa el error de comprensión culturalmente condicionado.

Este autor sostiene que hay casos en los que el sujeto conoce la norma pero no puede exigírsele la comprensión de la misma, su introyección o internalización como parte de su equipo valorativo⁴². Zaffaroni pone como ejemplo paradigmático los casos de *socialización exótica*, en los que el sujeto ha interiorizado y se ha formado en un conjunto de valores que difieren y entran en conflicto con los que inspira el ordenamiento jurídico que debe seguir. Por eso concluye que el error de prohibición directo no puede agotarse en los casos en los que hay desconocimiento de la existencia de la norma o del alcance la misma, sino que también ha de poder aplicarse en aquellos casos en los que, existiendo ese conocimiento, el autor no pueda llegar a interiorizar su contenido⁴³. Además, añade el autor, un Derecho penal antropológicamente fundado y elaborado conforme a principios reductores del poder punitivo no puede menos que tener en cuenta la efectiva posibilidad de comprensión que el ser humano haya tenido⁴⁴.

En el contexto de los delitos culturalmente motivados, la categoría del error de comprensión proporciona una alternativa a las soluciones dadas desde la inimputabilidad. En opinión de Zaffaroni, las propuestas que se han realizado en este sentido colocan al extraño cultural en un estado de peligro o asemejado al salvajismo, lo que podrá ser equiparable a afirmar su inferioridad. De este modo, para una solución más cercana al respeto de las minorías culturales, acude al error de comprensión culturalmente condicional que permite valorar desde la perspectiva de la teoría jurídica del delito, la base valorativa desde la que el sujeto interpreta la realidad y se relaciona con ella.

Los esfuerzos de Zaffaroni por desligar su tesis de los casos de inimputabilidad han resultado en vano para una parte de la doctrina⁴⁵ que entiende que, en realidad, la ausencia de posibilidad de comprensión en una persona la convierte en inimputable. Así, entre quienes se han posi-

⁴² ZAFFARONI, E. R. (2002): *Derecho penal. Parte General...*p. 736.

⁴³ Esta línea de pensamiento ha sido seguida por autoras como Castillo Ara, quien exige para la exclusión del error de prohibición tanto el conocimiento como la comprensión de la norma y establece que una norma solo podrá ser obedecida cuando el destinatario comprenda su contenido y pueda internalizarlo. CASTILLO ARA, A. (2014): "La ponderación de valoraciones culturales en el error de prohibición", *Revista de Derecho* 2, p. 246 y ss.

⁴⁴ *Ibid* p. 737.

⁴⁵ No obstante, existen autores que apoyan la elaboración de Zaffaroni. Así, PEÑA CABRERA, R. (1993): "El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2º) y 15 del código penal peruano", *Revista de Derecho penal y Criminología*. p. 603-620.

cionado en esta línea destacan Hurtado Pozo⁴⁶ y Meini⁴⁷. Estos autores afirman que, a pesar de hablar de error, el razonamiento seguido por Zaffaroni es más propio de una causa de inimputabilidad. Sus críticas se centran en el artículo 15 del Código penal peruano, que es el único precepto de derecho penal positivo que ha recogido de forma expresa la teoría de Zaffaroni sobre el error de comprensión⁴⁸. Opinan estos autores que esta figura no se distingue de otros supuestos de inimputabilidad⁴⁹ recogidos en ese código, con la única salvedad de que en este caso el motivo de la falta de capacidad de culpabilidad es la costumbre o la cultura. De manera contraria a Zaffaroni, sus críticos no consideran que la calificación como inimputable del diferente cultural tenga un trasfondo racista o etnocéntrico, bajo el argumento de que afirmar que en un supuesto concreto el diferente pueda ser inimputable porque sus condiciones culturales le impiden comprender la prohibición de la norma no implica negar de manera permanente su capacidad de motivación. Es más, Meini entiende incluso adecuada la imposición de alguna medida educativa en estos casos como consecuencia de la declaración de inimputabilidad, porque con ella se puede contribuir a crear espacios de diálogo en los que se fomente el respeto a los derechos fundamentales reconocidos como presupuestos esenciales de una sociedad determinada⁵⁰.

En mi opinión, la equiparación que proponen estos autores entre error de comprensión culturalmente condicionado e inimputabilidad debe ser rechazada en base a dos razones fundamentales: en primer lugar, el propio concepto dogmático de inimputabilidad no abarca los casos de diferencia cultural como fundamento para negar la capacidad de culpabilidad y, en segundo lugar, porque la solución desde la inimputabilidad tiene como consecuencia la aplicación de una medida de seguridad

⁴⁶ HURTADO POZO, J. (2008): "Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano". *Derecho penal y Criminología*, vol 29, n° 96-87. p. 59-94 y (2010): "Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú", *Anuario de Derecho penal 2010 (Sistema de control de penas y diferencias culturales)*. p. 113-172.

⁴⁷ MEINI, I. (2007): "Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código penal", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n° 60, p. 17-50 y (2012): *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*. Lima.

⁴⁸ El artículo 15 del Código penal peruano establece que "el que por su cultura o costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictivo de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena".

⁴⁹ En este sentido también TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2009): "Culpabilidad responsabilidad", en Hurtado Pozo, J., (edit.), *Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal*. Lima, p. 339 a 359.

⁵⁰ MEINI, I. (2007): "Inimputabilidad penal por diversidad cultural...p. 49.

que entiendo que perpetúa la estigmatización de quien pertenece a una cultura diferente a la mayoritaria.

Con carácter general la imputabilidad se ha definido como la capacidad de culpabilidad⁵¹, es decir, como la normalidad motivacional de una persona para actuar conforme al mandato contenido en la norma. En este sentido, para poder afirmar de un sujeto que tiene plena capacidad para motivarse por la prohibición normativa, se ha venido exigiendo que este tenga las facultades psíquicas y el grado de madurez suficiente⁵². En base a esta definición serán declarados inimputables los menores de edad, los que tengan alguna anomalía o alteración psíquica, quien se encuentre en un estado de trastorno mental transitorio o aquel que sufra una alteración en la percepción. De quien se encuentra en alguna de estas circunstancias podrá decirse que ha sido incapaz de comprender el significado antijurídico de su comportamiento y de dirigir su actuación conforme a esa comprensión⁵³. Exceptuando el caso de la minoría de edad en el que la negación de la culpabilidad se basa en un déficit de madurez, el resto de las razones para excluir la normal capacidad para seguir la norma tienen una base psíquica o biológica.

En el supuesto de las anomalías o alteraciones psíquicas y del trastorno mental transitorio debe concurrir en el sujeto algún tipo de enfermedad mental u otra perturbación psíquicas graves, ya sea de carácter permanente o transitorio⁵⁴. Por su parte, la alteración en la percepción como motivo para negar la capacidad de culpabilidad requiere que, a causa de alguna afectación que le prive de comunicación con el entorno, el sujeto presente dificultades para percibir e interactuar con la realidad. La doctrina viene exigiendo que esta afectación tenga su causa en algún determinante de carácter biológico que despliegue un efecto psicológico: el de aislar a la persona de la sociedad impidiéndole comprender los enunciados normativos⁵⁵.

Vistos el concepto y el fundamento de las causas de inimputabilidad contempladas en nuestro ordenamiento, parece difícil mantener que la falta de comprensión causada por la diferencia cultural tenga cabida en alguna de ellas. Aunque quien actúa movido por unos valores culturales

⁵¹ MAQUEDA ABREU, M. L. (2004), en Zugaldía Espinar, J. M. (edit)/ Pérez Alonso, E. J. (coord.): *Derecho penal. Parte General 2ª Edición*. Valencia, p. 627.

⁵² MUÑOZ CONDE, F. (2015): *Derecho penal. Parte General*. Valencia, p. 389.

⁵³ MIR PUIG, S. (2015): *Derecho penal: parte general*. Barcelona, p. 569.

⁵⁴ *Ibid.* p. 575.

⁵⁵ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I. (1996): "La eximente de alteración en la percepción", en González Russ, J. J.: *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*. Córdoba, p. 427; CERÉZO MIR, J. (2004): *Curso de Derecho penal español: Parte general*. Madrid, p. 82.

diferentes a los de la mayoría manifiesta una capacidad de comprensión disminuida, esa incapacidad para comprender que su conducta está prohibida por el Derecho no tiene un origen psíquico ni biológico⁵⁶. El déficit de comprensión tiene una procedencia socio-cultural y está provocado por la interiorización de los principios y valores de una cultura que se diferencian sustancialmente de los de la cultura mayoritaria. El autor de un delito culturalmente motivado no sufre un déficit de desarrollo, ni una afección mental, ni tiene alterada su percepción de la realidad por alguna causa de origen biológico, sino que su imposibilidad para comprender que su conducta está prohibida en un contexto cultural que no es el suyo se debe a que en su cuerpo de valores, el que le proporciona el “catálogo” de conductas aceptadas o no, ese comportamiento no está prohibido o, al menos, no está socialmente desvalorado⁵⁷.

En síntesis, entiendo que la equiparación de la falta de comprensión por razones culturales con alguna de las causas de inimputabilidad previstas en nuestro ordenamiento supondría realizar una aplicación extensiva y desnaturalizaría el propio concepto de inimputabilidad. Además, identificar al diferente cultural con el enfermo mental o con quien tiene alguna afección que le impide entender la realidad perpetúa, a mi juicio, su vínculo con la idea del subdesarrollo⁵⁸.

El segundo motivo por el que entiendo que debe rechazarse la idea de que la incapacidad para comprender motivada por la identidad cultural es una causa de inimputabilidad, está referido a los efectos que de esta consideración se derivan para el autor del hecho delictivo. Quienes

⁵⁶ En este sentido TORRES FERNÁNDEZ, E. (2008): “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 17. P. 16.

⁵⁷ Autores como Heymann entienden que no es posible admitir una moral independiente de la cultural. HEYMANN, E. (2014): “Identidad cultural”, *Apuntes Filosóficos*, vol 23, nº 45 (Ejemplar dedicado a: en memoria a la vida y obra del maestro Ezra Heymann). P. 79.

⁵⁸ En este sentido también NÁQUIRA RIVEROS, J.: (2013): *Imputabilidad y alteración en la percepción: exención y atenuación de la responsabilidad penal*. Tesis doctoral. Universidad de Granada; MODOLLEL GONZÁLEZ, J. L. (2006): “Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen africano)”, *Anuario de Derecho Penal*, 2006. P. 273-286; SANZ MULAS, N. (2014): “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16-11. P. 19.

Autoras como Monge Fernández entienden que la ampliación de los supuestos de inimputabilidad a los casos en los que el autor de un delito pertenece a una cultura minoritaria supone realizar una analogía *in malam parte*. MONGE FERNÁNDEZ, A. (2008): *El extranjero frente al Derecho Penal...*, p. 75.

entienden que el autor de un delito culturalmente motivado puede ser un sujeto inimputable admiten también la consecuencia de esta calificación: la imposición de una medida de seguridad en lugar de una sanción penal. La aplicación de una medida de seguridad, aunque sea de carácter educativo como proponen algunos autores⁵⁹, implica afirmar que la persona en cuestión tiene alguna afectación en su personalidad que debe ser objeto de tratamiento. De nuevo, nos encontramos con una conclusión que coloca en una situación de inferioridad a quien tiene una identidad cultural que se diferencia de la mayoritaria. El autor de un delito culturalmente motivado no presenta ningún problema que le impida relacionarse con su entorno, sino que, lo que se produce en estos casos, es una colisión entre los valores que conforman su identidad cultural y los que inspiran el ordenamiento jurídico de la sociedad donde se integra. Esta diferencia valorativa es la que causa la dificultad a la hora de interiorizar la prohibición contenida en la norma, pero, en ningún caso, puede afirmarse que la persona *per se* tenga algún impedimento a la hora de comprender la realidad. De ahí que deba concluirse que no tiene cabida en estos casos aplicar una medida de seguridad ya que no existe ningún fundamento para ello.

En base a los dos argumentos aquí expuestos, puedo afirmar que los casos de comportamientos culturalmente motivados deben quedar fuera del ámbito de la inimputabilidad. Siendo así, ¿qué tratamiento debe darse a los casos en los que la cultura no ha impedido el conocimiento sino la comprensión de la prohibición contenida en la norma? Descartada la vía de la inimputabilidad opino que, para estos supuestos la solución más correcta sería, sin duda, la figura del error de comprensión culturalmente condicionado de Zaffaroni. La elaboración de este autor se construye sobre el concepto de comprensión y lo pone en relación directa con el efecto que la cultura tiene sobre una persona. Tal y como ya se ha mantenido en este trabajo, la identidad cultural de una persona le proporciona los referentes valorativos principales para desarrollar su personalidad y, para también, relacionarse con el entorno. Estos valores y principios de una cultura están, además, en la base del ordenamiento jurídico de la sociedad donde esa persona ha crecido y se ha desarrollado como ciudadana⁶⁰. Así, su traslado a un contexto cultural diferente al suyo de origen puede dar lugar a una situación de desencuentro en la medida en que el

⁵⁹ Entre ellos MEINI, I. (2007): "Inimputabilidad penal por diversidad cultural...p. 49, y OLAIZOLA NOGALES, I. (2018): "La relevancia de la motivación cultural...p 22.

⁶⁰ Es conveniente traer aquí nuevamente a colación la idea de Mayer según la cual existe una coincidencia parcial entre las normas que emanan de las costumbres y tra-

sujeto no sea capaz de interiorizar el contenido de las normas del ordenamiento de la sociedad de acogida.

Cuando debido a la diferencia cultural del autor de un delito, este no ha sido capaz, no de conocer, sino de comprender el sentido de la prohibición, en ese caso podremos decir que ha actuado incurriendo en un error de prohibición basado en la ausencia de capacidad de comprensión de la norma.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El estudio aquí realizado parte de la necesidad innegable de permeabilizar el Derecho penal a las reivindicaciones de unas sociedades cada vez más plurales. Esta necesidad se hace más palpable en el caso de los delitos culturalmente motivados, donde la identidad cultural de quien lo comete juega un papel fundamental a la hora de determinar y condicionar su comportamiento. En este juego entre identidad cultural y responsabilidad penal resulta especialmente complejo articular una respuesta adecuada para la protección de los intereses protegidos por el Derecho penal y, al mismo tiempo, el respeto a la diversidad. Siendo así, no existe en la doctrina o en la jurisprudencia una solución del todo satisfactoria para los delitos culturales, pero sí que hay unas que se aproximan más que otras a una respuesta acertada.

Descartada la opción de la inimputabilidad entiendo que, de entre las respuestas posibles, la alternativa más convincente es la del error de prohibición. Sin embargo, como hemos visto, hasta ahora la aplicación del error de prohibición en los casos de delitos culturalmente motivados se ha realizado sobre la base del conocimiento, en términos puramente intelectuales, de la prohibición, lo que limita su virtualidad cuando la persona haya vivido un tiempo prolongado en nuestro país o haya tenido un contacto con el entorno del que se pudiera deducir que ha tenido oportunidad de conocer el carácter prohibido de su conducta. El problema que se plantea es qué hacer cuando la cultura no ha imposibilitado el conocimiento sino la comprensión de la norma. En estos supuestos entiendo que la ausencia de interiorización de la prohibición contenida en la norma puede dar lugar a la existencia de un error de prohibición basada en la no comprensión.

La aplicación del error de prohibición parte de la conciencia de la antijuridicidad, limitando su alcance a los supuestos en los que el autor diciones y las normas que configuran el ordenamiento jurídico. MAYER, M. M. (2000): *Normas jurídicas y normas de cultura*. Buenos Aires.

del delito no ha podido tener acceso al carácter antijurídico de su conducta. En un contexto homogéneo desde un punto de vista cultural, se entiende que existe esa conciencia siempre que el autor sabe que existe la norma porque se trata de un destinatario que comparte el cuerpo de valores que inspira las prohibiciones del ordenamiento. Solo cuando existe un elemento de distorsión (desconocimiento) que rompe esa presunción de conciencia de la antijuridicidad, se podrá aplicar el error de prohibición. Sin embargo, en una sociedad plural, en la que coexisten personas educadas en unos valores distintos a los de la mayoría, la solución debe ser diferente. La cultura de una persona determina no solo su manera de relacionarse con el mundo, sino su manera de comprenderlo⁶¹, por lo que la conciencia de la antijuridicidad puede resultar distorsionada cuando hay una diferencia valorativa entre la cultura de referencia y el ordenamiento jurídico en el que la persona desarrolla su vida. De este modo, puede suceder que, aunque el sujeto conozca la existencia de la norma, su escala de valores le dificulte interiorizar y comprender la prohibición precisamente porque está articulada sobre unos valores que le resultan ajenos. En estos casos entiendo que la salida jurídica más acertada es el recurso al error de prohibición interpretado en ese sentido más amplio y matizado que le concede la teoría del error de comprensión⁶².

⁶¹ TORRES FERNÁNDEZ, E. (2013): "Identidades, creencias y orden penal. La exigencia cultural", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 17. P. 413.

⁶² En esta línea BASÍLICO, R. (2002): "La comprensión de la norma como garantía en el sistema penal (la cuestión de la diversidad cultural en el Derecho penal latinoamericano de hoy)", en José Luis Díez Ripollés (coord.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid, p. 590.